D. O. M. A.

Ut mori majorum pareatur statutisq; servetur bonos,

DISCEPTATIONEM

De

JURAMENTO ÆSTIMATORIO, QVOD VOCANT IN LITEM;

Scitu & auctoritate Magnifici JCtorum Collegii in Incluta UNIVERSITATE JENENSI

Pro LOCO in florentiss. Facultate Juridica obtinendo,

Publicæ eruditorum censuræ submittet

ZACHARIAS Prüeschenckh
D. & P. P.

Ad diem 13. Junii.

In Auditorio JCTORUM horis consuetis.

JENÆ

TYPIS LIPPOLDIANIS.

Anno M. DC. XXXV.

S. N. D. B.

Thesis I.

IUramentum in litem describturus (*a*) dico, quòd sit litis (*b*) æstimatio (*c*) facta cum obtestatione divina (*d*).

(a) *Dico* Describturus: *Non enim hanc pro perfecta penitus Definitione venditare audeo, licet conveniens satis rei intelligenda videatur. Quare Logicorum nonnullorum hic abesse bilem volo nimis rigidè definitiones quascunque examinantium, non nescius. omnem in jure periculosam esse definitionem, auctore JCto* in l. 202. ff de R. J. *Quid-ni? Annon in quacunque scientia etiam peritißimos in definiendo errare comperimur; quod ipse aliquando fassus est Aristoteles. Non ergò mirum, si id in jure nostro contingat ob multiplicem scil. actuum negotiorumque diversitatem.* Vid. Bachov. de Act. Disp. 7. p. 1. th. 1. *Sed ad rem.* (b) *Litis verbum in jure nostro est* ὁμώνυμον *ac multifariam accipitur significans* 1. *omnem actionem sive in rem, sive in personam sit.* l. 36. ff. de V. S. 2. *Controversiam ipsam, quæ in judicio movetur* l. 1. ff. de jurejur. l. 65. §. 1. ff. de condict. indeb. l. 12 ff ex quib. caus. major. 3. *Instantiam.* c. forus. ext. de V S l. 14. & seq C. de judic. *Hic verò per metonymiam continentis denotat rem in judicium deductam, seu id, de quo in judicio lis est ac controversia.* l. 1. l. 5 l. 8. ff. de in lit. jurand. Donell. ad Rubric. dict tit. num. 2. & lib. 26. com c. 6. Charond. 3. verisim. 8. *Et quidem rem tàm corporalem, quam incorporalem.* Boich. ad h. t. cap. 1. num. 8. *Non enim adeò strictè litis verbum hic de eo solùm quod interest accipiendam; quod post veteres voluit* Hottoman. in Comm. ad h. t. ff. de in lit. jur. *Quippe unius in lusio non est alterius exclusio, & quod in uno loco deest, ex altero supplendum Quod verò dixi litem esse rem, de qua lis est, novum & insolens videri haut debet Nam & veterib. hoc placuit auctore* Cicer. pro Muren. & Varron. lib. 6. de Ling. Latin. (c) *Generis loco est* Æstimatio. *Rectißimè: Juramento enim in litem æstimatio inducitur litis; quo ipso à juramento litis decisivo discernitur. Et quòd hoc nostrum litis inducat æstimationem, patet* ex l. 1 l. 2. l. 3. l. 8 ff. h. tit. l. 8. §. 1. ff. rer. amot.

l. 46. cum l. seq ff. de rei vindic. *Idq; vel maximè etiam ex eo intelligitur, quòd JurisConsultis per juramentum in litem rem ab actore reo vendi placuit.* l. 70. ff. eod. d. l. 8. §. 1. cum l. seq. ff. rer. amot. *Hinc æstimatio venditio esse dicitur* in l. 10. §. penult. in fin. ff. de jur. dot. *similis venditioni.* l. 7. §. 1. ff. de Publician. in rem act. *item emptioni.* l. 3. ff. pro empt. *Interim inficias non eo, quin suo quoq; sensu jusjurandum in litem decisio vel transactio dici queat. Manifestior est* d. l. 46. ff de R. V. *quàm ut ullâ possit impugnari ratione. Lubens etiam concedo, in eo convenire transactionem & juramentum in litem, quòd sicut in illa.* l. 33. C. de transact *ita pariter in hoc nullus planè evictionis rel tlus sit locus.* l. 35. §. 2. l 69. ff de rei vindicat. *exinde tamen minùs accuratè vel Logicè quis collegerit, istud æstimationem planè non esse, sed omninò decisionem litis seu transactionem. Quæ enim in uno tertio conveniunt, non propterea inter se per omnia conveniunt, ut nôrunt pueri Logicorum. Nec impedimento est, quo minùs juramentum in litem æstimationem esse dicamus. quòd potestas in infinitum jurandi actori sit concessa.* l. 4. §. 2. ff. de in lit. jurand. *vi cujus falsum plerumq; statuatur precium, cùm tamen rei æstimatio verum significet.* l. 8. ff. d. h. t. l. 1 ff. de act. empt. *Hoc, inquam, nihil impedit: Quis enim non novit unam quamvis regulam suas pati exceptiones darique, etiam æstimationem, verum quæ egreditur rei precium; ut hic; cùm propter dolum vel contumaciam adversariis non restituentis res æstimatur.* l. 9. ff. rer. amot. d. l. 70. ff. de R. V. (d) *Additur in Definitione;* Cum Obtestatione Divina. *Quæ verba formam continent & vel maximè ad exclusionem reliquarum æstimationum & etiam litis decisionum, rei judicatæ scil. Confessionis, transactionis, sunt adjecta. Confirmatur quidem transactio aliquando obtestatione divina.* l. 41. C. de transact. *sed tamen hæc non adeò præcisè requiritur, quasi illa sine juramento consistere non possit, ut quæ robur suum modò accepit ex consensu transigentium, licet pro majori firmitate juramentum postea accesserit. Illud in generali juramentorum materia non satis expeditum est, an obtestatio illa divina verba requirat nuncupativa? Pleriq; veterum, quos inter est* Cyn. in Auth. Sacramenta. C. si advers. vend. *negant hoc, ex eo, quòd homo etiam interno affectu DEUM testari & obtestari possit. Mihi ubi præsertim de effectu aliquo juridico agitur, affirmativa magis recipienda videtur: Non enim etiamsi* DEO, *qui καρδιογνώστης est, juratum sit, judici vel parti statim satisfactum; nisi fortè magistratus. v. g.*

im

in muto defectum verborum gestu aliquo suppleri posse, decernere velit. Quam limitationem etiam tenet Bachov. ad Treutl. volum. 1. Disp. 21. th. 1. lit. A.

THESIS II.

Ejus duæ sunt species *(a)*; juramentum affectionis *(b)* & veritatis *(c)*: quarum illam quanti in litem juratum, hanc quanti res est, minùs accuratè nonnulli indigitant *(d)*.

(a) *Tertiam vulgò addunt* Zas. ad Rubr. ff. h. t. num. 3. & seqq. Plot. de in lit. jur. §. 52. num. 3. Beust. ad Rubr. ff. de jurejur. n. 142. *quam interesse singularis nomine venire volunt. Sed verius est, duas tantùm species esse, affectionis videlicet & veritatis. Nam juramentum singularis interesse distincta species non est, sed ad superiores refertur docente* Borch. ad h. t. cap. 2. num. 15. *propterea, quòd cùm ratio habetur ejus quod interest, necessum sit, ut vel utilitas, quæ verè abest spectetur, quod fit in juramento veritatis; vel quam quis pro arbitrio sibi fingere potest, atq; sic cum affectionis juramento coincidat. Inconstans est præsidium, quod Dd. illi pro tertia illa specie stabilienda quæsivêre* in l. 3. ff. h. t. *quæ tamen an de veritatis, an affectionis juramento loquatur, non adeò planum est. Prima etenim facie dicendum videtur, de illo* in d. l. 3. *tractari ideò, quòd certa sit nummorum æstimatio, in quos nulla probabilis cadere queat affectio. Sed statim me retrahit, quo minùs pro veritatis juramento colligam, quòd videam non de nummis jurari, sed de eo, quod interest, suâ die redditos fuisse; ubi certè aliqua ratio affectionis erga rem pigneratam amissam, item ratio ejus haberi potest, quanti deponens æstimaverit, fidem servari à se & conventioni suæ stari potuisse. Cæterùm flagellat hîc* Anton. Fab. *(qui si ullibi, certè in hac juris materia ingenium exercuit, cuius propterea corruptionibus pro virili occurrendum decrevi) optimum juris compositorem Tribonianum, dum* 17. error. pragm. 9. *eidem* d. l. 3. vers. nisi fortè de eo. *totum ceu multù modis ineptum adscribit. Ego inepti nihil* in d. vers. *offendo: at plurimum ineptiarum in* Fabri *imperitionibus. Non enim sequitur: Aliunde liquere potest, quantum intersit. Ergò in litem non juratur. Mi Faber, num putas rationem* d. vers. *ad interesse solùm verum & pecuniarium concludere, nullum autem affectioni planè in hac specie locum esse? Est*

imò opinor, ut supra dictum. Nullius quoque momenti quod ex verbis suæ die elicere tentas. Quis enim non videt diem significari, quâ deponentem nummos habere oportuit, ut suis solveret creditoribus? Et si vel maximè dies depositi redditioni fuerit dictus, num absurdum hoc existimas? Exempla habes in l. 1. §. 49. cum seq. ff. depos. Efficit certè hæc diei adjectio, ne ante lapsum ejus depositarius restituere possit nolenti, qui citra eam conventionem quovis tempore restituens liberaretur. Wesenbec. in π. ff. depos. num. 5. Quid multis? Ipse à te ipso videris dissentire 16. conject. 1. (b) Etsi appellationes illæ juramenti in litem affectionis & veritatis nusquam in jure legantur, non ideò tamen minùs menti legum inimicæ, quin potiùs inde erutæ & ad conceptum mentis faciliùs exprimendum à Dd. excogitatæ videantur; sicut multa alia docendi causâ ab iisdem inventa videmus. Quòd autem voces hæ duplicis in litem juramenti ex mente jurium descendant, perspicuè ostendunt l. 4. §. 2. l. 8. junct. l. 2. l. 3. l. 5. §. fin. ff. h. t. de in lit. jur. l. 68. ff. de R. V. Coras. 6. Miscel. 1. & 2. & ad l. 5. ff. h. t. num. 8. unicum esse vult jusjurandum in litem, quod vocant veritatis, affectionis dari negat, cui noviter assentitur Marc. Lycklam. à Nyeholt ad l. vinū. 22. ff. de reb. cred. num. 81. Urgent maximè leges negare, precia ex affectu æstimari, l. 63. in pr. ff. ad L. Falcid. l. 1. §. 15. ff. si quid in fraud. patr. item jurari hîc quanti interfit. l. 3. l. pen. ff. h. t. quo utilitas veniat, non affectio, deferrique hoc jusjurandum, quod nos affectionis vocamus, ratione interesse pecuniarii in affectione haut consistentis. Verùm hæc non usque adeò plausibilia sunt, ut in adsensum quenquā pertrahere queant. Dolus enim & contumacia rei faciunt, ut affectionis ratio habeatur, quæ si abessent, nulla in considerationem veniret affectio. Regula itaque est in ll. in contrarium adductis; hîc exceptio ratione doli & contumaciæ. Quid ad reliqua respondendum, partim patet ex supra dictis lit. præced. a. partim iis, quæ habet Borcholt. h. t. cap. 3. num. 20. Vide Giphan. ad l. 24. ff. de R. J. Durus restat nodus ex l. 33. ff. ad L. Aquil. ubi servo occiso vel surrepto affectionis ratio planè non habetur, quod tamen delictum utpote in committendo consistens gravius omninò est, quàm si res per contumaciam non restituatur. Aptiorem cuneum reperire non potui, nisi quòd hîc non tam delicti gravitas, quam animi perseverantia in delinquente inspicienda sit, quæ quia in rem possidente restitutionemque dolosè recusante major est, non mirum, si

quoad

quoad affectionis aestimationem aliud JCtis dicendum videatur. Ita ex Borcholt. ad d. l. 33 *respondet* Setzer. de juram. lib. 5. cap. 2. num. 13. & seq. (c) *Contra* Anton. Fab. 16. conject. 1. & 13. ac dec. 17. error. pragm. 8. *affectionis juramentum retinet; veritatis repudiat ejus in locum aliud substituendo, quod ipse appellat Necessitatis. Scilicet constare existimat in stricti juris judicio, ubi de rei aestimatione quaestio est, spectari tempus litis contestationis. Si igitur homo ex stipulatu debitus post moram, quae perpetuare consuevit obligationem, lite nondum contestatâ decesserit, aestimationem veram ad tempus litis contestatae, quo homo ampliùs non exstitit, à judice fieri non posse, autumat idem, eamq; necessitatem postmodum jurisjurandi hujus delationem in specie* L. 5. §. ult. ff. de in lit. jur. *expressisse. Atq; exinde colligit* Faber, *nunquam jurari posse in litem, quin aliquo modo affectioni jurantis indulgeatur, & proinde simpliciter verum non esse, interdum aestimari rem, quanti revera est. Quae licet subtilia satis videantur, adeò ut nec* Bachov. ad Treutler. volum. 1. Disp. 21. thes. 11. lit. B. *fucum animadvertere potuerit; attamen opinatio ista partim aequitate perspicuè deficitur, partim falsis innititur praesuppositis. Quid enim inhumanius, quàm dolo & culpâ carentem (si modò verum est, ut ipse quidem Faber vult, quòd mora sine culpa committi possit) propter rei interitum fatalem, ut est* in d. L. 5. §. fin. *tàm graviter punire, ut actori sit concessum illius rei pretium in infinitum suamq; ad rem affectionem aestimare? An non sufficit actori, si aestimationem veram consequitur? an non ita mora satis punitur? Deinde non solùm potest, sed omninò debet hîc aestimatio institui secundùm tempus, quo res extitit. Et falsum est, semper in strictis judiciis circa aestimationem spectari tempus litis contestatae. Ponamus, (quod aliàs controversiâ non caret) verum hoc esse regulariter; non ideò minùs tamen exceptio vera, si modò possit, si ratio alia juris vel naturae non sit impedimento; quemadmodum hîc natura prohibet spectari valorem rei tempore, quo non extat. Quis quaeso etiam afficiatur erga rem, quae non est? nemo sanè nisi stultus & qui HippoCentaurum singulari amore prosequi velit. Falsum & illud est, absolutam necessitatem impossibilitatemq; probandi aestimationem locum huic juramento praecisè facere. Necessitatis dici posse non diffiteor, quòd praeteritae rei peremptae aestimatio non adeò facilè sciri possit, ac si extaret: nonminùs tamen verum est, aptè veritatis dici, quin ita meliùs*

constet oppositio alterius speciei, cui non rei interitus post simplicem culpam vel moram locum facit, sed imò dolus vel contumacia adversarii; ubi demum in infinitum jurare permittitur. Sed properandum ad alia: priùs tamen ingenuè fateor, me hæc subtiliora hausisse ex acutissimo Hillig. ad Donell. lib 26. comm. cap. 10. lit. B *ubi vide plura.* (d) *Mala est oppositio in descriptione specierum jurisjurandi in litem, quanti in litem & quanti res est notante* Bachov. ad Treutl. d. Disp. 21. th 11. lit B *Non enim universaliter & semper inter se pugnant hæc, licet aliquando in iis scil. terminis ubi res per judicem æstimanda est, atq; adeò in specie accepta inter se opponantur; quod accidit, ubi reus, qui rem restituere debet, dolo caret: quò pertinet* l. 68. ff. de R. V. *Dicam hîc rursus scribi* Ant. Fab. *summè necessum est, verba* quanti ea res est *non nisi veram & adæquatam æstimationem rei & interesse ubique, nunquā autem quanti in litem juratum significare, contendenti* d. lib. 16. conject. cap. 18. & dec. 92. error. 4. *Cur verò ita statuat, in causa mihi videtur esse unicum illud, pro quo tàm graviter pugnat, juramentum adfectionis. Sic enim colligit: Ubi condemnatur reus quanti in litem, ibi juramento locus; secus si quanti res est, quoniam tunc æstimatio fit non ab actore, sed judice. Sed falsum hoc esse, patet vel ex unico actionis ad exhibendum exemplo, in qua constat venire quanti interest, nec minùs tamen certum est, in ea jurari in litem. Facit præterea* l. 18. in pr ff. de dol. *ubi dicitur reus condemnari, quanti res est, non tamen exinde probatur, quòd non possit jurari in litem; quoniam hoc quanti res est juramento actoris æstimari ait JCtus. Hanc rationem si advertisset Faber, vix perpetuam inter quanti res est, & quanti in litem agnovisset differentiam. Regulariter quidem extra casus expressos & quibus contumacia dolusq; rei intercedit, æstimatio ejus quod interest, vel quanti res est à judice fit, non ab actore; ast illud generale non est. Imò ipse tandem proprio se jugulans gladio* d. dec. 92. error. 8. *in actione furti pœnali in litem jurari concedit, non obstante* l. 50. in pr. ff de furt. *quòd scil. etiam per juramentum in litem verum æstimetur & definiatur precium. En Fabri inconstantiam!*

THESIS III.

Defert in litem juramentum Judex *(a)*, & quidem actori solùm *(b)*: Unde nec mater pupilli *(c)*, nec procurator *(d)* admittitur.

(a)

(a) *Utrumq; tàm affectionis, quàm veritatis juramentum solus defert judex, ita ut si alius detulerit, nulla sit ejus religio, nec ullum juramentum.* l. 4. §. 1. l. 5. §. fin. ff. h. t. Borch. tr. de in lit. jur. cap. 3. n. 1. *quamvis hoc, in præsentia tamen judicis.* arg. l. 12. in pr. verf. omne. C. de reb. cred. *reum etiam deferre posse actori videatur.* Un m. Disp. ad process. 20. thes. 7. num. 31. *Sed utrum possit judex pro suo arbitrio illud etiam non deferre? quæstionis est. Negative respondet* Fab. 16. conject. 17. Duaren. ad l. 5. ff. h. t. n. 29. ibidemq; Coras. n. 21. Treutl. volum. 1. Disp. 21. th. 11. lit. C. *verùm resistunt* l. 4. §. 2. l. 5. §. 1. ff. h. t. *Distinguendum videtur, ut si rem adhuc possideat reus ejusq; restituendæ habeat facultatem, liberum sit judici jusjurandum deferre actori, vel possidenti rem manu auferre militari.* dd. ll. junct. l. 68. ff. de R. V. *sin dolo malo rem possidere desierit, tunc demum judex compellatur ad deferendum, adeò ut nisi id fecerit, rectè ab eo tanquam gravante appellari possit.* Borch. d. c. 3. num. 3 *Quæ enim judicis arbitrio concessa, non in meram ejus voluntatem (quemadmodum cùm lex dicit, posse judicem.* l. 40. ff. de judic.) *sed quasi bono viro commissa intelliguntur.* argum. l. 75. in pr. ff. de legat. 1. *Quòd si itaq; officio suo non fungatur & adversùs contumacem, qui vel maximè dolo possidere desiit, juramentum non deferat judex, omninò appellare licebit.* Hillig. ad Donell. d. lib. 26. comm. cap. 11. lit. I. in Not. *Nihil ergò causæ cur quod de hoc arbitrio habetur* in d. l. 4. §. 2. & l. 5. §. 1. ff. h. t. *pro Tribonianismo venditet* Ant. Fab. d. conject. 17. (b) *Solum actorem juramentum præstare in litem, planum est ex* l. 2. §. 1. l. 5 in fin. ff. h. t. *nec tamen & hunc aliter, nisi volentem: Quandoquidem in ejus solius gratiam inventum est ac introductum.* l. 71. ff. de R. V. l. 8. ff. de in lit. jur. junct. l. pen. C. de pact. Setzer. de juram. lib. 5. cap. 3. num. 9. & 10. & cap. 4. num. 23. Donell. ad l. fin. num. 10. ff. h. t. *Nec etiam defertur cuivis actori, sed illi saltem, qui dominus est litis quiq; eam suo nomine est contestatus.* l. 7. l. 8. ff. h. t. n. Borch. d. c. 3 n. 5. *Sed & judicium requiritur. Non igitur pupillus (etsi, quod potest, sub auctoritate tutoris suo nomine egerit) ad jurandũ admittitur,* si impubes est. *Quæ verba posteriora* in l. 4. in pr. ff. d. h. t. *ad differentiam adolescentum curatorem habentium, qui in legibus quoq; pupilli vocantur, ut* l. 20. ff de rit. nupt. l. 47. in fin. ff. de minor. *vel eorum, qui pupilli fuêre & per anaphoram tales adhuc dicuntur.* arg. l. 13. l. 21. ff. de tut. &

rat. distinct. Donell. d. lib. 16. comm. c. 7. Borch. d. tr. c. 3. n. 9. *videntur adjecta.* Aliter Gœdd. ad l. 1. ff. de V. S. n. 17. Si *pro* QUIA *accipiens.* *Ætati autem in litem jurare negatur ob inopiam judicii, non statui personæ. Adolescens tamen si velit, non prohibebitur.* d. l. 4. in fin. pr. *qui etsi curatoris sui consensu in judicio experiatur, ipse tamen potiùs, quàm curator agere videtur: quod secus est in pupillo toto ab autoritate pendente tutoris.* Borch. d. c. 3. num. 23. *De furioso, mente capto aut prodigo nihil quidem cautum; sed per se liquet, eos jurare non posse.* (c) d. l. 4. in pr. *Ratio non in affectu materno, ut quidem visum est* Accurs. *sed in eo posita est, quod mater nec domina sit litis, nec domina loco habeatur. Et ne putemus, matrem invitam in litem non jurare, volentem autem jurare posse, ideò JCtus* in d. l. 4. *adjicit, eam non admittam esse*, etsi parata sit. *Jam satis benè animadvertere poterit* Bachov. *cur* Treutl. d. Disp. 21. th. 11. lit. e. *ampliationem illam ex ipso textu adduxerit. Sed quid dicendum de matre sustinente tutelam suorum liberorum, an illa tanquam tutrix ad jurandum admittetur, quamvis tanquam mater admitti non possit? De hac re JCti veteres, quorum tempore mater tutelæ officio fungi non poterat, nullam faciunt mentionem. Quoniam autem hodie liberorum suorum tutrix esse potest, quin eorundem nomine in litem jurare queat, ambigendum non est.* Borch. d. c. 3. num. 18. & seq. Hillig. in Not. ad Donell. d. c. 7. lit. G. in fin. *Aliam adhuc addit limitationem* Treutl. d. loc. *si mater tutorem suspectum postulaverit, rectè reprehensus* ibid. à Bachov. *Falsum enim est præsuppositum, in judicio suspecti jurari posse in litem: quia in eo de removendo & puniendo tutore tractatur, non de aliquo restituendo, quo demum casu de juramento in litem quæstio esse potest. In tutelari verò causa (id quod illi, quod jam de matre pupilli tutelam gerente dictum, consequens est) etiamsi inviti tutores & curatores non cogantur sub alieni compendii emolumento perjurium anceps subire, si tamen tantam affectionem pupillo suo vel adolescenti præstare velint, auctoritas Juris ipsis non refragabitur.* d. l. 4. in pr. ubi Donell. *Observa hîc,* tutelarem causam *non esse actionem tutelæ finitâ eâ pupillo adversus tutorem competentem, sed quam exercet pro ratione officii & tutelæ, e. g. depositi, rei vindicationem &c. adversus alios. Aliter* Duaren. h. t. num. 10. *qui actionem tutelæ sed eam saltem, quâ tutor nomine pupilli contra contutorem remotum vel excusatum agit, sub tutela*

tela

telari causa hic intelligit. Abundet suo sensu, qui velit; mihi placet prior significatio, quam etiam tenet Donell. d. c. 7. (d) *Ideò non admittitur Procurator, quia is non suo, sed domini nomine litem contestatur.* d. l. 7. l. 8. ff. h. t. Borch. d. cap. 3. num. 6. *Est & alia ratio; quia nempe eidem affectio domini ignota, nec vera etiam æstimatio semper nota. Excipiunt, nisi habeat ad hoc speciale mandatum. Quod errore obtinere, non ratione, ait* Hillig. ad Donell. d. c. 7. lit. b. *Heredibus quoq; nisi verisimiliter informatis juramentum in litem non deferri volunt. Vide* Coras. ad l. 5. ff. h. t. num. 29. & Plot. h. tr. §. 32. num. 6. Joh. Bapt. Costam de fact. scient. & ignor. cent. 1. dist. 99. *attamen si defuncto dum viveret oblatũ & ab eo susceptum fuerit, id pro præstito haberi, ut mors sit loco juramenti, existimat* Gail. 2. obs. 43. *Sententiam hanc partim ob malitiam hominum, partim propter mortem sæpè ex improviso oblatam simpliciter probare nequeo. Et eá tamen admissâ, malè ad juramentum in litem hoc adcommodatur. Certè ratio à* Gail. *adducta, quòd nemo præsumatur inmemor æternæ salutis, nimis videtur generalis; sed & in juramento adfectionis nullus huic rei locus, quòd ignoretur, quanti defunctus rem fuisset æstimaturus. Taceo, quòd non ex suscepto, sed ex præstito juramento actio exceptioq; nascatur & quòd etiam cum, qui suscepit, antequam præstetur pœnitere possit. Atq; vel maximè huc facit* l. 12. in princ. C. si cert. pet. *ex qua non obscurè à majori ad minus hunc in modum quis collegerit: si heres ne volens quidem juramentum defuncto delatum & ab hoc susceptum sine nova delatione præstare potest; multo minùs susceptum pro præstito habebitur. Vide* Bachov. ad Treutl. d. Disp. 21. th. 10. lit. G. in fin. & th. 12. lit. E.

THESIS IV.

Affectionis juramento actor rem suam *(a)*, quam reus contumaciter vel dolosè non restituit, ex affectione in infinitum *(b)* ultra verum ejus precium æstimat *(c)*.

(a) Quæ scil. ad eum pertinet vel jure dominii, vel in qua & ad quam Jus aliquod ad minimum etiam ex obligatione descendens habet actor. Errat proinde gravissimè Anton. Fab. *cessante jure dominii nunquam posse deferri juramentum in litem, statuens* decad. 92. cap. 9.

Movetur l. 8. in fin. ff. h. t. l. 9. ff. rer. amot. l. 25. § 1. ff. solut. matrim. *quibus in locis quidem ratio deferendi in dominio posita reperitur, quamvis (quod obiter notandum) mulier, de qua* in d. l. 25. §. 1. *ex ratione juris nostri in actione pro dote non veniat jure dominii. Sed insigniter in jura nostra impingit Faber: Quoniam in dd. locis juramentum in litem non ita refertur, ut omnes alii casus excludantur, sed ut dominis pracipuè deferri intelligamus. Verùm ipse sui mox obliviscitur, dum* d. loc. & c. 15. *expressè scribit, ut juramentum in litem habeat locum, oportere rem esse vel actoris propriam, vel saltem ei debitam; quæ duo certè inter se opponuntur. Adeò nihil pensi habet hic homo, quid dicat, & an sibi etiam eodem cap. contradicat; ait* Bachov. Disp. 7. de Action. p. 1. th. 16. *Porrò multis exemplis & textibus ostendi potest, quòd non solus Dominus juret in litem. Occurrunt b. f. actiones, quibus experimur non jure dominii, sed obligationis, occurrit item actio ex stipulatu, quæ omninò in casu* l. 5. in fin. ff. h. t. *datur contra dominum, actio etiam Confessoria.* l. 7. ff. si serv. vindic. *ubi non fit alicujus dominii æstimatio: idq; apertius est in Negatoria, in qua tamen iti dem juratur in litem. Similiter in interdictis actor non jure experitur dominii, & tamen in actione ex causa interdicti, quod vi aut clam jurari constat.* l. 15. §. 9. ff. quod vi aut clam. *id quod generaliùs confirmatur* in l. 68. in fin. ff. de R. V. *Et tandem contra Fabrum fortissimè pugnat exemplum actionis Favianæ* in l. 5. §. 1. ff. si quid in fraud. patron. *Sed & actio ad exhibendum ejusdem suspectam non admittit sententiam, quòd scilic. & illa non fundetur in jure dominii, sed interesse persequatur. De quibus exemplis si non singulis, præcipuis tamen in sequentibus paulò fusiùs.* (b) *Licet actori in tantam summam jurare, quantam velit, arbitrio ipsius ad nullam certam quantitatem restricto. Quemadmodum & alicubi jura concedunt testatori in infinitum, seu quot velit heredes instituere.* §. 5. Inst. de hered. inst. & ibi Baro & Vult. *ut facilè appareat verba* IN INFINITUM *alio sensu hic accipi, quàm apud Philosophos. Nodum in scirpo quærunt inter infinitum & inmensum distinguentes*, Duaren. sc. ad d. l. 5. n. 27. Bronch. 1. misc. 61. Anton. Fab. 16. conject. 17. & 18. error. pragm. 10. Hillig. ad Donell. d. lib. 26. cap. 11. lit. B. *cùm συνωνύμως verba hæc* in l. 4. §. 2. ff. h. t. *usurpentur; quod verborum proprietati non repugnare, docet* Bachov. d. Disp. 7. p. 1. th. 13. *Sanè si infinitum pro indefinito cum illis accipias, nec ratio*

qui-

quidem erit dubitandi; siquidem per se antea clarum, permissum esse actori, quia reus contumax, rem aestimare quanti velit, ut tamen hoc accipiatur de civili, nec nimis magna rei aestimatione. Et quia haut dubiè actores affectioni nimis indulgentes facultate hâc abutebantur, probabile est, cùm non facilè locum haberet perjurii quaestio, invaluisse hoc, ut judex aliquam praefiniret quantitatem, maximè si personam ejusmodi esse judicaret, quae facilè sit perjurium commissura. Bachov. d. loc. *Ex quibus apparet, Br. & Dd. magis communiter referente* Duaren. d. loc. *inconsideratè hanc taxationem sive aestimationem ad normam* l. un. C. de sentent. quae pro eo, quod interest &c. *dirigendam esse sensisse; quoniam non hîc sermo est de juramento super eo, quod actoris interest praestito, sed de affectionis juramento, ubi scilic. pro arbitrio & affectu suo rem aestimat actor, & quidem in poenam contumaciter non restituentis. Plurimum autem id quod interest, de quo* in d. l. un. *ab eo super quo in litem juratur differre,* ex l. 64. ff. de judic. *plus quàm manifestum est, nec etiam aequum cogi aliquem rem suam duplo justi precii vendere. Ita contra* Br. & Dd. vulgò Duaren. h. t. num. 27. & seq. *ac confirmat* Coras. ad d. l. 5. ff. h. t. num. 20. vers. verùm enimverò &c. (c) *Rursus hîc se notandum offert* Anton. Fab. *juramentum in litem ideò concessum dicens* dec. 92. error. 8. *ut verum statuatur precium. Quod falsissimè ab eo adseri, quivis facili deprehendere labore poterit. Nam quomodo quaeso verum poterit esse precium illud, quod arbitrio & affectioni actoris in tantum permittitur, ut (quod ipse malè vult,* de quo infra) *citra ullā moderationem & taxationem judicis in infinitum jurare possit? Et etiam si secundùm verum saltem rei precium fieret aestimatio, nec graviter condemnaretur reus, contra* l. fin. ff. de fidejuss. *nec ullam sustineret contumaciae poenam. Porrò in faciem Fabro contradicit ratio hujus juramenti; ne scil. dominus justo precio rem vendere cogatur reddita à JCto* in l. 8 ff. rer. amot. *Certè miror, cur Triboniano hîc nihil affingat: sed aliud quaerit effugium arenosum. Distinguit intèr justum & verum rei precium; verùm quàm inaniter, patet ex jam dictis. Etenim aestimatione rei affectioni actoris permissâ, otiosa est quaestio de pretio vero; caeteroquin judici hanc aut juratis aestimatoribus tribueremus. Piget plura.*

THESIS V.

Locum habet hoc in litem jusjurandum primò in actio-

actionibus realibus, v. g. rei vindicatione (a) & hypothecaria (b), Publiciana item (c) aliisque, quibus rem vindicant jus aliquod in ea habentes (d).

(a) *Tria genera actionum, in quibus in litem juratur notata* in l. 5. in pr. ff. h. t. *in rem, ad exhibendum & bonae fidei judicia. De singulis ordine agendũ & primò quidem de* Realibus. *Quod attinet rei vindicationem, quin in ea juretur in litem, cunctabile non est: Extant textus admodùm perspicui* in l. 68. ff. de R. V. l. 1. l. 2. l. 8. ff. h. t. *Idem in hereditatis petitione obtinet* per l. 25. §. 10. ff. de hered. petit. Coras. ad l. 5. ff. h. t. num. 16. Borch. h. t. c. 4. num. 8. Hillig. in Not. ad Donell. d. lib. 26. c. 8. lit. A. *Sed & in Confessoria actione jurari constat* ex l. 7. in fin. ff. si servit. vindic. *scilicet ubi praecessit jussus judicis de interponenda cautione, quae quibusdam in servitutibus restitutionis vicem sustinet, eiq; obsequium nullum praestitum, sequitur condemnatio, quanti actor in litem juraverit.* Bachov. de Action. Disp. 7. p. 1. th. fin. lit. a. *De negatoria ob rationis paritatem idem dicendum cum* Menoch. 1. arbitr. q. 5. n. 21. Coras. ad d. l. 5. n. 16. *ac contra* Br. *& alios defendit* Cisner. ad l. 15. ff. de nov. oper. nunc. p. 123. & seq. (b) *Ut in actione quoq; Hypothecaria re juxta arbitriũ judicis non restitutâ in litem juretur, suadet affinitas ejus cum in rem actionibus. Et est textus expressus in* l. 16. §. 3. ff. de pign. *qui licet non extaret, haut aliud tamen statuendũ foret, tum quia arbitraria haec est actio, tum* per d. l. 68. in fin. & l. 5. pr. ff. h. t. de in lit. jurand. *ubi verba generalia hypothecariam etiam continent. Verùm hic quoq;* Ant. Fab. 16. conject. 15. & dec. 92. error. 10. *malè & pro imperio satis contradicit jusjurandũ hoc actioni huic denegando* & d. l. 16. §. 3. vers. si verò dolo. usq; ad fin. *pro futili Triboniani emblemate venditando. Utitur passim hac generali ratione, quòd qui non experiatur jure dominii, non possit jurare in litem; quam hypothesin falsam esse*, th. praeced. lit. a, *dedi probatum. Et non tàm dominium, quàm contumacia possessoris hîc consideranda venit; quamvis creditor licet dominus non sit, jus etiam tale in re habeat, propter quod omninò res ipsi sit restituenda. Nã quod in Domino est, non cogi rem suã justo precio vendere, id in creditore, non cogi pignus justâ aestimatione, quanti scil. interest, distrahere, ne & contumacia reo sit impunis.* Hortens. ad d. §. 3. *Specialiorem deinde sibi fingit rationẽ* ex l. 21. § fin ff. d. t. de pign. *ubi dicitur, si res non restituatur, contra possessorem litem aestimari. Sed nul-*

nulla valida ad negandum juramentum in litem exinde deducitur consequentia; siquidem id etiam quod actoris interest, huic subjacet juramento. Quinimo hoc ipso textu Faber seipsum ferit, ut qui docet contra possessorem tertium æstimari litem ultra id, quod interest creditoris: quod sanè fieri posse non videtur per judicem, sed imò per actorem, qui juramento suo definiat, quanti intersit, in quo si postea quid deprehendatur ultra debitũ, id omne restituatur debitori. d. l. 21. §. fin. His ita destructis pro Triboniano etiam circa d. l. 16. à §. 3. vers. si verò dolo. usq; ad fin. pugnandum esset: sed quia hoc longo satis discursu præstitit Bachov. in Exerc. ad part. poster. Chiliad. Fabri d. dec. 92. error. 10. actũ non agam d. §. 3. vers. nam si tanti. ab impugnatione Fabrili breviter saltem vindicaturus. Dicit absurdã ibi esse rationem illã, ob quam in Serviana actione juretur in litem. Quid enim, inquit, an non prodest in rem actio etsi tantundem, non amplius, quàm personalis persequatur, si debitor pauper, si aliis fuerit obligatus, qui si personaliter ageretur, ob aliqua prælationis jura potiores essent &c. Verùm hoc quem nimiopere non moveat. Neq; enim ad casus inopiæ aut concursum creditorũ accidentarios hic respici debet; ait Hillig. in Not. ad d. c. 8. lit. B. Quin hoc vult JCtus, etiã cùm debitori facultas est solvendi, nec is ære premitur alieno, exitũ aliũ esse debere realis actionis, reo possessore contumace, quàm foret in actione personali, debitore contumace. Tribonianum hoc velle, non JCtum, regeret Faber. Esto! sit ita, illum contra veterũ responsa hîc aliquid statuisse; non ideò tamen istud rejiciendum statim erit, quoniam a Justiniano potestatem legis ferendæ responsaq; veterũ JCtorũ mutandi accepit; cæteroquin plurimæ Constitutiones Cod. quib. sine controversia vetera jura mutata sunt, attendendæ non essent. Quo ergò tandem respexit Tribonianus? Existimo, ad illud tempus, quo ante Novell. 4. creditor Serviana actione contra tertiũ possessorem uti potuit, debitore planè omisso, utut hic esset solvendo. Cùm enim creditor instructus probationibus ex chirographo debitũ suum actione in personam faciliùs potuisset consequi: contra verò in hypothecaria creditor difficili dominii seu juris realis probatione, accedente insuper possessoris contumacia oneraretur, haut immeritò iniquũ esse putavit Tribonianus, postquã in hac probationes fuerint impletæ non in plus condemnari possessorem, quàm debitor personali pulsatus actione damnatus fuisset. Atq; hæc ita sufficiant Fabri argutiis præsertim illi etiã incusationi, quasi Tribonianus adeò rudis & in jure peregrinus fuerit, ut hic contra tertiũ

possesso-

possessorē actionē personalē locū haberē opinatus fuisset. (c.) *Cùm in rei vindicatione in litem juretur, de Publiciana dubitandū non est cùm in ea omnia eadem sint, quæ in rei vindicatione.* l. 7. §. 8. ff. de Public. in rem act. Coras. ad d. l. 5. n. 16 Borch. h. t cap. 4. n. 25. *Et consentit* Anton. Fab. 16. conject. 16. & 20. *ideò scilic. in hac actione jurari, quia ad exemplum & in subsidium vindicationis inducta eoq; colore detur, quasi actor usuceperit.* *Verùm posset quis collectionem istam à rei vindicatione ad Publicianam ex eo in dubium vocare, quòd illa non videatur esse arbitraria.* argum. §. 31. Inst. de Action. *sed falsum hoc esse, ante nos vidit* Anton Fab. dec. 89. err 5. *Nulla enim differentia ratio idonea quoad arbitrium inter civilem & Publicianam Prætoriam dari potest.* *In explicatione tamen* l. 68. ff. de R. V. *mox labitur ille, quòd in casu, quo reus rem vindicatione petitam restituere potest, sed non vult, propter manum militarem, quæ tunc interdum adhibetur, prorsus cessare in litem juramentum autumat.* *Nam graviter resistunt textus, quos aliàs nulla ope cum* d. l. 68 *conciliabis* in l. 46. cum l. seq ff. eod. l. ultim. ff. de fidejuss. l. 8. ff. de in lit jur. *in quibus juramento huic locum esse habetur, etiam reo rem possidente restituereq; nolente: ut vel hinc necessariò falsum sit, quod* Anton. Fab. antea cit. loc. & dec. 92. err. 4. *placuit, hodie planè sublatas esse arbitrarias actiones; quem ejus errorem notat* Bachov. de Action. Disp. 7. p. 1 th. 13. (d) *Idem tenet* Donell. lib. 26. comm. cap. 8. Plot. §. 24. num. 5. Borch. d. c. 4. num. 26. *qui Rescissoria & Pauliane quoq; juramentum in litem tribuit.* *Sed quid de Faviana dicendum? Quin in ea juretur in litem, ambigendum non est propter* l. 5. §. 1. ff si quid in fraud. patron. *Miror, quòd hic nulla subesse vestigia Triboniana suspicetur* Anton. Faber; *siquidem hanc in jure dominii (quod ipse pro sola in litem jurandi reputat causa, confutatus ob id* supra th. 4. lit. a) *minimè fundari patet.* *Certius hoc est, quàm ut ulla probatione egeat, & tamen audet dominii quid sibi hîc fingere, quasi juramentum patrono permittatur non tanquam creditori, sed tanquam Domino, quoniam si servus manumissus non fuisset, omnia per eum adquisivisset.* *Malè! Eo ipso enim quòd manumissio facta, ipse manumissus, non patronus Dominus rerum efficitur, qui plus juris in ejus bonis non habet, quàm pater in bonis post emancipationem à filio quæsitis. Adeò levia sunt, quæ contra Jurisprudentiam nostram tentavit Faber: Quemadmodum & illud JCto*

indignum, patronum perinde habendum, ac si possessoriâ hereditatis petitione experiretur; quippe pugnat cum illo juris principio, hereditatis petitionem non dari contra possidentem titulo singulari. De Interdictis quoque fortè non adeò incommodus hîc dicendi locus esse videtur. Nam & possessio jus aliquod in re est, quamvis longè diversa hujus juris à cæteris conditio & ratio. In Interdictis nunquam jurari in litem Anton. Fab. *semper contrarius* 16. conject. 20. & 18 err. pragm. 7. *contendit, contra* d. l. 68. in fin. *quam perperam damnat, uti &* l. 15. §. 9. ff. quod vi aut clam. *Nimirum ubi juris textus novis ejus opinionibus subservire nolunt, jus sibi sumit pro autoritate illos figendi resigendiq́. Quo admisso, nihil certi erit, & nostra peribit Jurisprudentia. Porrò nihil est in* d. l. 15. §. 9 *quod offendat Fabrum, nisi quòd non satis Latinum sit*, jurare jusjurandum. *Sed quis ignorat, phrasin hanc optimis perplacuisse auctoribus, quemadmodum & illas, errorem errare, servitutem servire? Quinimò ipse verba illa solemnia formularum* si paret *alicubi ex idiomate Italico explicanda censet, secundùm quod* parere *significat videri, &* mi pare, *mihi videtur: quâ re ineptius nihil est, docente* Bachov. Disp. 7. part. 1. th. 9. in fin.

THESIS VI.

Sed & in ad exhibendum actione *(a)* aliisq́; arbitrariis *(b)* defertur, veluti actione de dolo *(c)*, quod metus causâ *(d)* &c. neutiquam verò in actione furti pœnali *(e)*.

(a) *Sunt quidam in illa opinione, scil.* Duaren. h. t. n. 10. & seq. Anton. Fab. 16. conject. 15. & dec. 92. err. 5. *cum quibus facere videtur etiam* Wesenb. in π. ff. h. t. n. 6. *eatenus saltem in ad exhibendū actione jurari in litem, quatenus hac dominii ratione intentetur, veluti si vindicaturus rem exhiberi petit: aliàs extra hunc casum possessore licet dolosè rei exhibitionem negante in litem jurari non posse. Sed verior est* Donelli d. lib. 26. c. 8. *& aliorum non ita distinguentium sententia, tum quia textus indistinctè & generaliter loquuntur* in l. 5. pr. ff. h. t. l. 3. §. 2. l. 5. §. 2. ff. ad exhibend. *tum quia generalis ratio, quòd actio ad exhibendum non fundetur in jure dominii, sed quòd actoris intersit, cujus interesse nomine in litem juratur. Accedit quod in* §. 1. d. l. 3. *negatur eum, qui ad exhibendum agere vult, necesse habere si dicere dominum, cùm multæ sint causæ ad exhibendum. Ex qua*

C   *ipsa*

ipsa etiam ratione satis refellitur hypothesis illa Fabriana, solum dominum jurare in litem; quasi vel maximè vera esset, in hac tamen actione nunquam posset jurari, cùm in ea dominii probatio necessaria non sit. d. l. 3. §. 1. & §. 9. *Deinde vitiosè argumentatur* Faber *à negato juramento in actione principali ad negandum illud in actione praeparatoria, ne maior hujus, quam illius vis sit. Etenim ubi diversa ratio est, consequentia hac procedere nequit, neq; ipsa principalis act o propterea statim arbitraria efficitur eo, quòd praeparatoria talis est. Et est (ut dictum) propria ratio, cur in hac actione juramentum in litem indulgeatur, videl. interesse, quae facit, ut etiam propter instrumenta juretur.* l. 4. C. ad exhibend. *atq; adeò non propter aestimationem; quò etiam pertinet* l. 6. & ult. C. eod. l. 18. ff. eod. l. 42. in pr. ff. ad L. Aquil. *Ita disputat* Bachov. d. Disp. 7. p. 1. th. 16. in med. *Vide* Hillig. ad Donell. d. c. 8. lit. E. (b) *Dubium movet* Johan. Faber ad §. praeterea. 31. Inst. de Action. *quòd cùm judici aestimatio quantum sit actori praestandum ibi dicatur concessa, consequenter non videatur locum habere posse in arbitrariis actionibus juramentum in litem, utpote quo ipso actor rem pro suo aestimat arbitrio. Verùm prodiit objectio haec ex juris ignorantia, dum malè* Johan. Fab. *secutus veteres* Dd. *superstitiosè qui inhaeserunt verbis textuum antiquarum insuper formularum rationis ignari, verba finalia* in d. §. 31. *ad officium judicis, quod sequitur contumaciam retulit; cùm potiùs ad arbitrium praecedens respiciant, quo judex instar arbitri reum quasi monet, ut satisfaciat actori. Illud hic commodè explicari potest, in quid secunda & finali sententia ob contumaciam reus sit condemnandus? Dico id esse vel aestimationem ejus, quod est in actione, vel poenam, atq; ad hac duo omnia posse referri. Res ipsa & quod interest dupliciter aestimatur, vel ex communi valore & ferè à judice, vel ab ipso actore ex affectione, mediante scilic. assertione jurata, quae juramentum vocatur in litem. Aestimatio autem haec fit propter contumaciam rei; qua de re* infra th. 8. *dicendum. Atq; hinc est, quod in arbitrariis actionibus contra reum non restituentem juretur in litem.* d. l. 46. ff. de R. V. d. l. 3. §. 2. ff. ad exhibend. d. l. 8 ff. h. t. junct. l. fin. ff. de fidejuss. (c) *In actione de dolo jurari in litem clarè est decisum* in l. 18. ff. de dol. *Comprobat hanc sententiam solida & invicta ratio, quia hic aequè de re à nobis profecta aut ad nos pertinente restituen-*

tuen-

tuenda agitur, facitq; quod arbitraria sit hæc actio, ac non parentis contumacia non minus coërcenda, sed & admissus ab initio dolus. Donell. d. lib. 26. comm. c. 8. ibiq; Hillig. lit. K. *Et tamen audet contradicere* Anton. Fab. 1. conject. 18. & dec. 92. error. 4. in fin. *quasi vel ideò in litem juramentum actioni huic sit denegandum, quòd in ea, si res non restituatur, reus condemnetur quanti res est.* d. l. 18. pr. *cui exiguo fundamento abundè puto satisfactum* supra th. 2. lit. D. *Nihil moror quæ* dd. loc. *contra* d. l. 18. *locum istum totum falsitatis & ineptitudinis arguens movet* Anton. Faber, *inprimis, quòd actio doli sit è numero merè personalium, in quibus juramentum hoc cesset. Videtur enim lubrico suo hic inniti principio, quòd solus dominus juret in litem, cui* l. 5. ff. h. t. *quam de in rem actionibus adducit, nihil quidquam patrocinatur. Quid multis? Jam modò dixi & repeto nunc, malè agere Fabrum, dum tot studet numerare Tribonianismos; quia, ut maximè darentur, nos tamen eo jure utimur, & Tribonianus cum Collegis eam potestatem mutandi juris veteris disertissimis verbis accepit, ut rectè tradit* Bachov. in Exercit. ad d. dec. 92. error. 4. in fin.

(d) *Pari utitur audaciâ* Faber *quoad actionem quod metus causâ, contendens nec in ea juramento in litem esse locũ contra* d. l. 18. *ideò, quòd in actione illa, si non pareatur arbitrio, condemnatio fiat in quadruplũ. Sed neganda hic est consequentia. Potest namq; si reus restitutionem rei metu extortæ contumaciter recuset, condemnatio hæc cum juramento in litem concurrere, hocq; actori ad hoc deferri, ut ejus arbitrio res æstimetur & postea condemnatio fiat in quadruplum. Quod quidem perquam durum, sed ita lex scripta est, ut in alienis terminis loquitur Ulpianus* in l. 12. §. 1. ff. qui & à quibus manum. lib. *Nihilominus tamen, cùm sufficiat pœna quadrupli, juramentum in litem in hac actione vix admitto, nisi quando res cum fructibus & omni causa, ut est* in l. 14. §. 7. ff. quod met. caus. *à judice commodè æstimari nequit atq; adeò necessitas illud suadet, ad exemplum stricti juris actionũ, de quibus suo loco. Id porrò quod contra* d. l. 18. *de definita in hac actione certa quantitate, pœna scil. quadrupli movet, ex hac ipsâ necessitate sine labore removetur: quoniam hoc quanti res est in fructib. & omni causa certa caret quantitate, dicitq; textus, non esse definitam quantitatem quadruplandam, quæ adeò per in litem juramentũ sit æstimanda. Quadruplum autem hoc non est pura pœna, sed in se habet simplum*

& rei persecutionem; quod suo tempore contra Anton. Fabrum, *nisi DEUS vitam & vires abnuit, paulò prolixiùs defensurus sum. Deniq; licet in actione quod metus causâ non semper bona sit oppositio æstimationis Juratæ & pœnæ, de qua* hac ipsa th. lit. b. *est tamen recta in alia actionis specie, puta redhibitoria ædilitia, in qua contra non restituentem condemnatio fit in duplum.* l. 45 ff. de ædil. Ed. (c). *Nihil planè habet, ut jam* lit. præced. *dictum, quod jure circa in litem juramentum in quod metus causâ actione admissum reprehendat* Anton. Faber, *quem si nihil aliud ab impugnatione illa potuesset dimovere, certè debuisset, quòd ipse multo improbabiliùs juramentum hoc in actione furti pœnali admisit; quoniam in ea planè non agitur de re restituenda, quod tamen secus est in illa quippe in rem scripta. Ego omninò contendo, quòd non in actione furti, sed tamen in furtiva condictione in litem juretur. Posterius hoc contra* Anton. Fab. 17. error. pragm. 5. & 79. err. 7. *priùs firmabo illius postmodum de furti actione pœnali sententiam breviter examinaturus. Præcipuam rationem deferendi juramenti in litem dominii jus esse, ne scilic. quis rem suam invitus vendere cogatur, plano apertius est ex* l. 9. ff. rer. amot. l. 25. §. 1. ff. solut. matrim. l. 70. cum l. seq. ff. de R. V. l. 8. ff. de inlit. jurand. *Vid.* not. 5 th. 4. lit. a. *Hæc autem prorsus militat in condictione furtiva, quæ veluti ex causa dominii datur.* Hillig. ad Donell. d. lib. 26. cap. 11. lit. G. in Not. *Atq; de ista rectè accipitur* l. 9. ff. h. t. *Neq; enim ibi intelligi potest actio furti pœnalis, cùm in ea, ut supra monui, non jubeatur res restitui, sed pœna solvi. Hâc adsertione non attentâ nihilominus statuit* Faber dec. 80. error. 1. & 91. error. 8. *in furti actione juramento in litem locum esse, cui non obscurè contradicit* l. 50. princ. ff. de furt. *ubi dicitur in hac actione duplari vel quadruplari verum rei precium; quod certè in litem juramento minùs congruit, ubi juramento actoris & quidem pro ejus arbitrio res æstimatur. Planè si in actione furti juraretur in litem, reus etiam octuplum veri precii & ampliùs præstare teneretur: quod falsum esse, ostendit* Bachov. in Exercit. ad post. part. Chiliad. Anton. Fab. d. dec. 80. error. 1. *Adde hac de re eruditissimum* Majer. in Colleg. Argentorat. de in lit. jurand. th. 6. in med.

THESIS VII.

Porrò juratur in bonæ fidei actionibus *(a)*, directis tamen

tamen (*b*) & iis saltem, in quibus de re restituenda agitur (*c*); non igitur in actione empti (*d*). In strictis verò judiciis affectionis juramento locus nunquam (*e*).

(a) *Quæstio hîc occurrit, quæ non est de nihilo, mota, sed parum subtiliter decisa ab* Anton. Fab. dec. 92. error. 1. *quamobrem in b. f. actionibus æquè ac arbitrariis non aliquod etiam præcedat arbitrium? Ratio dubitandi non levis est, quòd in illis quoq; jusjurandum in litem præstatur, ad quod ante commissam contumaciam ut deveniatur, ratio non admittit. Posset quis fortè differentiæ rationem binc sumere, quòd in b. f. actionibus quisq; ex propria ferè conventione in judicium vocetur. cui consequens, ut quid suis incumbit partibus facilè ignorare nequeat. Vel dic, etiam in b. f. judiciis olim aliquam intervenisse admonitionem judicis, quæ propter clausulam* ex bona fide *infuerit istis; ast in arbitrariis necessum fuisse in formula expressam fieri mentionem arbitrii, cui arbitrio si non pareretur, tum ad instar b. f. judiciorum in litem juraretur. Sed nihil adfirmo & potiùs hîc subsisto cum* Bachov. Disp. 7. de act. p. 1. th. 12. in fin. *Video namq; ex eo vel maximè non adeò felicem esse priorem conjectationem, quòd frequenter heredes ex causa commodati vel depositi hereditarii conveniuntur, qui non contraxerunt, imò facilè ignorare potuerunt contractum cum defuncto celebratum, & tamen contra eos juratur in litem.* l. 4. C. h. t. de in lit. jurand. *in cujus textus mentem occasione ita oblatâ paucis nunc nobis liceat inquirere.* Ilico Ummius Frisius Disp. ad process. judic. 20. th. 3. num. 13. *ingeniosè satis (prout solent illius nationis homines) & noviter planè contendit, hoc saltem in illa* l. 4. *velle Gordianum Imper. quod non minùs contra heredem jurari queat, si fortè in hereditate repertum dolo non restituat, quàm jurare licet, si ipse tutor inventariū reliquaq; instrumenta quoquo modo dolo non exhibeat. Cur ita, id causæ subest quòd nempe suspectam reddere nititur* Duaren. in l. 5. n. 32. ff. h. t. Cujac. in π. C. eod. Mynsing. conf 22. n. 89. & Dd. *communem sententiam opinantium, etiam contra heredem in litem jurari posse, lite cum defuncto contestatâ, modò dolus fuerit admissus, ob quem etiam contra defunctum jurare licuisset. Verùm ratione non caret hæc sententia & vix* Ummii *explicatio* d. l. 4. *eidem aliquid derogabit. Pone enim in priori illius textus parte (quippe dua esse videntur) id, quod vult Ummius tantùm dici, num ideò ta-*

men, si lis cum defuncto fuerit contestata (quo de casu posterior d. l. 4. *pars loquitur) contra heredem minùs jurabitur? Minimè. Et dato non concesso, per* d. text. *id non probari, huic tamen opinioni vel ex se sua constat veritas, quòd pœna post litem contestatã in heredes sit transitoria.* l. 26. ff. de O. & A. l. 164. ff. de R. J. l. 20. ff. de accus. *Quod si hoc indubium, utiq; juramentum transibit, quod contra reum in pœnam contumaciæ defertur.* (b) *Dixi in directis b. f. actionibus in litem jurari ad exclusionem contrariarum, secutus* Accurs. ad l. 5. ff. depos. ibiq; Br. n. 4. Zas. n. 23. Duaren. n. 21. *rejectâ veterum distinctione, quam refert, sed itidem improbat* Borch. h. t. c. 4. n. 73. & seqq. *ubi docet, nunquam in contrariis huic juramento locũ esse, nec si fides rupta arguatur. Et est ratio, quia hæ nunquam dantur ad rei restitutionem. Solam excipit mandati actionem contrariam* Gœdd. ad c. 1. n 17. ext. de sequestr. *sed magna cum improbabilitate. Cæterùm robur ficulneæ suæ distinctionis quærunt veteres illi* Dd. *cũ quib. transit* Plot. h. tr. §. 20. n. 1. in d. l. 5. ff. depos. *argumentum à sensu contrario exinde in hunc modum ducendo: Si ideò in contrariis non juratur actionibus, quòd non de fide rupta agitur; ergò jurabitur, ubi ita agitur. Mala illatio, quia sic etiã in empti judicio jurari posset; quod juri nostro adversari, ex mox* sub lit. d. *dicendis patebit. Perinde ac si sic: Testamentum hoc non valet, quia 7. testes desunt. Ergò quoties adsunt, subsistit, cùm imò & alia requirantur. Nimirum non adverterunt simplices* Dd. *illi, non solam perfidiam facere, ut jusjurandum hoc in litem deferri possit, nec statim sequi: Ratio* in d. l. 5 *negat contumacem esse in actione contraria. Igitur ubicunq; contumacia alicujus intervenit, juramento hoc is coërcendus.* Duaren. h. t. n. 25. & seq. Borch. d. c. 4. n. 75. (c) *Non ita accipiendus est Marcianus* in l. 5. pr. ff. de in lit. jurand. *quasi indistinctè in omnib. b. f. actionib. in litem juramento locus, sed ita potiùs, quòd in iis demum, ubi ad rei restitutionem agitur. Et hanc restrictionem non obscurè innuere videtur Paulus* in l. 3. §. 2. ff. comod. *dicens, in commodati actione, sicut in cæteris b. f. judiciis similiter in litem jurari. Cùm enim cætera b. f. judicia nominat, illa haut dubiè intelligit, quæ cõmodati actioni similia sunt, h. e. in quibus æquè de rei restitutione agitur. Qualia sunt actio depositi* l. 1. §. 26 ff. depos. l. 3. ff. h. t. *locati conducti.* l. 48. §. 1. ff. loc. *tutelæ, cùm res suas pupillus repetit.* l. 8. ff. h. t. l 7. pr. ff. de admin. & peric. tut. *rei uxoriæ actio.* l. 25. §. 1. ff. solut.

lut.

Iur. matrim. *hereditatis petitio* l. 25. §.10. ff. de hered. petit. *Ita contra veteres plerosq; docuit* Borch. d.c.4 n.70. cum seq. Duaren. in d. l.5.n.25. Donell. d. lib. 26. comm. c.8.ibiq; Hillig. lit. H. (d) *Vix aliam reddere quis poterit causam, cur passim* sub tit: ff. & C. de in lit. jurand. *restitutionis & exhibitionis mentio fiat, quàm quòd ICtis placuerit in iis saltem b. f. judiciis in litem iurari posse, ubi res à nobis profecta, quæ nostra mansit repetitur. Atq; hinc rectè concludunt* Duaren. d. loc. Anton. Fab.17. error. pragm.7. & 16. conject.17 *in ex empto actione in litem planè non jurari, etiamsi venditor rem penes se habeat & dolosè eam restituere nolit.* l.1. ff. de act. empt. l.4. C. eod. *quia scilic. emptor non ad rei suæ restitutionem, sed alienæ præstationem agit.* Donell. d.c.8. *Accedit, quòd nec in toto emptionum tractatu per multos titulos ulla hujus juramenti mentio, cùm tamen de iis actionibus, quibus res sua repetitur, ferè in specie hoc proditum sit.* Hillig. d. loc. lit. G. *Sed & aliæ rationes non contemnendæ pro hac sententia adductæ à* Bachov. ad Treutl vol.1. Disp.21. th.12. lit. a. *ex quibus primā tamen, quâ tàm sibi, quàm juri nostro contradicere videtur, nullo modo probare queo. Ait, ideò in actione empti jusjurandum hoc cessare, quoniā emptor non sit dominus imò agat contra dominum. Benè scil.! An nescis Bachovi, ita Fabrum statuere à te propterea toties, quoties tulit occasio, non immeritò reprehensum atq; explosum? Licet namq; in actione depositi, commodati &c. actor sit dominus, emptor in empti actione non item, ille tamen de re sua restituenda experitur ac proinde jurare potest, non quia dominus, sed quia alter ad restitutionem ei est obligatus. Aliter se res habet in empti actione, quæ quia suâ naturâ saltem est ad interesse, quod ferè a judice æstimatur, haut mirum, si in ea non juratur.* d.l.4.C. de act. empt. *maximè quòd etiam res empta aliàs jam satis & ab ipsis contrahentibus æstimata sit, in litem autem juretur, ubi res æstimanda; quas duas posteriores rationes rectè pro adstruenda hac sententia adtulit* Bachov. d. loc. *Cui non resistit generalitas* d. l.5. pr. ff. h. t. *Etenim, ut* lit. præced. c. *conjecimus, satis ea videtur restricta per* d.l.3. §.2. ff. commod. *semperq; hic subaudiendum;* si quando æquitas suadeat, *quod tunc accidit, quando ad restitutionem agitur.* (e) *text est.* in l.5. §.ult. l.6. ff de in lit. jurand. Donell. d.l.26. com. c.8. in fin. Borch. d.c.4.n.76. Setzer. lib.5. de juram. c.5.n 53. cum seqq. & Dd communiter.

T HE-

Causam juramento huic dant ab una parte solus dolus *(a)*, non culpa *(b)*; ab altera affectio actoris *(c)*: idemq; præstatur super iis saltem rebus, in quas cadit affectio *(d)*, & quidem ante sententiam *(e)*.

(a) l.5.§.3. ff h.t. *Dolus hic duplex; Præsens & Præteritus. Illū committit, qui restituere potest, non tamen paret, quem propriè contumaciam vocant.* l.1. l.2. §.1. l.8. ff. d. h. t. l.18. in pr. ff. de dol. l.8. §.1. junct. l.10. ff. rer. amot. l.3. §.2. ff. ad exhibend. *hunc, qui fecit, quò minùs possideret.* l.68. ff. de R. V. l.16. § 3. ff. de pign. l. 25. §. 10. ff. de petit. hered. *qui dolus pro possessione est.* l.27. §.3. l.36. pr. ff. d. t. de R. V. *Non incommodè hic quæritur; an ut juramento in litem locus, sufficiat dolus ante litem contestatā in restituendo vel exhibendo admissus? Negat* Charond. 3. verisim.8. *Contra* Ant Fab. 17. err.6. *reprehendit existimantes jusjurandum in litem in b.f. judiciis tantùm nasci ex dolo admisso in judicati executione, sese fundans* in l.3. §.2. ibi; rei judicandæ. ff. commod. *Suspendit judicium* H.llig. ad d.c.9. lit.b. *ego quid de utraq; sentiendum sententia in conflictu fortè aperiam. Videat. interim* Plot. h.tr. §.14. n.1. & §.25. n.3. & 4. *Dolus autem rei proprius requiritur. Aliud si pupillus conveniatur ex dolo tutoris* per l.1. C. quand ex fact. tut. vel cur. *aliud si heres ex dolo defuncti.* l. 4. C. h. t. *Verus item non præsumtus, ut vult* Plot. h. tr. §.49. n 30. *Dissent* Duaren. h. t. n. 35. *Adi distinctionem* Bargalii 2. de dol.3. n.2. (b) *Probatur hoc itidem* ex d. l.5. §. 3. *ubi rectè* Donell. d.c.9. & Forner. ad l. 223. ff de V. S. *legunt*; HANC ENIM. *Sola enim à judice æstimatur culpa.* l. 4. §. fin. ff. h. t. *non dolus.* l. 8. ff. eod. *Quod tamen de levi duntaxat & levissima benè exauditum voluêre* Duaren. ad h. t. n. 33. in fin. Coras. ad d.l.5. n.27. fol.628. & 4. Miscell. 2. n. 11. Bus. ad d.l.4. §. fin Borch. h. tr. c.5. n. 5. & seqq. aliisq; *per text. apertum* in l.2. C. h. t. *in quo licet Dd. vulgò speciale quid in pupillorum favorem contineri contendant, id tamen nullā probabilem habet rationem, ut ait* Duaren. n 34. *& refragatur* l. 4. ff. h. t. *in qua de causa tutelari agitur & nihilominus negatur ob culpam in litem jurari. Quod ne adverseiur* d. l.2. *fine dubio de levi accipiendum est non lata; quemadmodum aliàs vocabulum culpæ absolutè positum levem saltem significat.*

rat Magnif. & Nobiliss. Dn. Ordinarius, Dominic. Arum. JCtus decantatiss. Disp. ad Pand. 21. th. 14. *Nec movet, quod in d. l.5.§.3. dicitur, ob solum dolum jurari. Apud omnes enim in confesso est, appellatione doli etiam culpam latā comprehendi, non tantùm in contractibus.* l.32. ff. depos. *sed etiam delictis, ubi scil. de pœna pecuniaria agitur.* l.1. §.1. ff. si mens. fals. mod. dix. l.1. §.2 ff. si is qui testam. lib. ess. *qui posterior textus effecit, ut, secus ac aliquando existimavit* Bachov. (*quod ipse fatetur* ad Treutl. d. Disp. 21. th. 12. lit. e.) *rationem illam doli & latæ culpæ æquiparationem etiam in casu actionis pœnalis dupli admiserit.* (c) *Supra* th. 1. lit. C. *dictū, quòd actor in litem jurans rem suam reo, adversùs quem jurat, vendere videatur; id quod multis in locis juris nostri ibi allegatis traditur, præsertim* in l.9. ff. rer. amot. *Quemadmodum autem generale hoc est, ut in venditione pretium arbitrio domini statuatur, ita & hic non iniquum, ut affectioni jurantis indulgeatur.* Duaren. h. t. n.8. *Atq; hæ duæ jurisjurandi hujus deferendi causæ, dolus scil. & affectio actoris non obscurè innuuntur in* l. 8. ff. h. t. (d) *Seu potiùs quarum incerta est æstimatio.* l. 3. ubi Donell. ff de in lit. jurand. Anton. Fab. 16. conject. 1. & 17. err. 9. *Idcirco de nummis cæterisq; rebus fungibilibus ac in pondere, numero & mensurâ consistentibus hoc juramentum nunquam præstatur. Et de nummis inprimis proditū est* in l. 24. ff. de fidejuss. *eos scil. merce non æstimari, non ergò mirum, si de iis non juratur. Videntur enim iidem nummi reddi, etsi alia corpora, modò ejusdem generis sint & bonitatis, nec unus aureus solaris ab alio utilitate & commoditate distat, ait* Donell. d. c.9. *Exceptio (si modò exceptio vocanda) est in* d. l.3. *quando nempe quis de eo jurare vult, quod sua interfuit, nummos suâ die redditos fuisse, veluti si pecunia fuerit sub pœna debita, vel etiam sub pignore, quod pecuniâ justo tempore non solutâ fuit distractum. Verùm totum illud ex* d. l. 3. *Triboniano adscribit Faber tanquam contra juris rationem inductum; sed quàm malè, ostensum est* supr. th. 2. lit. a. *ubi simul probavi, affectionis esse juramentum, cujus ibi fit mentio; secus ac putat* Umm. Disp. ad process. 20. th. 5. n. 21. *Illud non incommodè*

Hillig. ad Donell. d. c. 9. lit. F. (c) *Non adeò ægrè fero* Bartoli in d. l. 5. n. 20. *& sequacium opinionem, juramentum scil. in litem in b. f. judiciis post litem contestatam, in arbitrariis verò post sententiam (intelligit arbitrium jussumq; judicis & rectè) deferendum: ast cum* Antonio Fabro dec. 89. error. 9. & dec. 91. error. 8. *finalem omnino sententiam atq; condemnationem juramento in litem præponere, religio mihi est, maximè propter* l. 4. §. 3. ff. h. t. *ubi cùm JCtus dicat, posse judicem non sequi juramentum, sed vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare, hoc ipsum necessariò docet, quòd juramentum præstetur, antequam feratur sententia. Facit* l. 8. & l. pen. ff. eod. junct. l. 3. C. d. t. *Et est ratio, quòd sententia continere debet vel certam speciem, vel quantitatem certam.* tot. tit. C. de sent. quæ sin. cert. quant. *Neque sufficit dicere, sententiam fieri certam per relationem;* quanti actor in litem juraverit: *siquidem ut hoc obtineat, illud ad quod fit relatio, tempore, quo fertur sententia jam existere & certum oportet esse, ut est in* l. 59. §. 1. l. 5. §. 1. ff. de re judic. l. 7. §. 1. ff. de contrah. empt. *at relatio in futurum rem & sententiam certam non efficit eâ vel maximè certitudine, quæ in jure nostro requiritur & nominatim in* §. 32. Inst. de Action. *Præterea opinionem suam ex* l. 4. C. de act. empt. *liquidò probari opinatur Fab. qui tamen text.* in verb. quanti interesse compleri &c. *contrarium & hoc manifestè vult, quantitatem ipsam determinatam in sententiam deduci & interesse ante sententiam æstimari.*

THESIS IX.

Effectus est, quòd reus in summam æstimationis in infinitum factæ damnandus *(a)*; nisi fortè judex modum statuerit, ad quem usq; juretur *(b)*, aut magna causa suadeat, cur juramentum sequi non debeat *(c)*.

(a) *Regula hîc quidem; Jurare in infinitum licet.* l. 4. §. 2. ff. h. t. *quâ de actum* supra th. 4. lit. b. *idq; judex sequi debet, etsi duplum longè excesserit, quia ad juramentum hoc non pertinet* l. un. C. de sent. quæ pro eo, quod inter. *Sed exceptiones duæ, de quibus jam in* seqq. *agendum. Extra has quemadmodum in infinitum juratum est, sic & condemnatio subsequitur.* d. l. 4. §. 2. & l. 68. ff. de R. V.

R.V. *Nam quod* Dd. *vulgò taxationi locum esse volunt etiam postquā juratū est, id falsum esse, ostendit* Donell. d. lib. 26. com̄. c. 11. *Et licet* Coras. 6. miscell. 2. n. 4. *& post eū* Costal. in d. l. 68. *specialitatis quid circa rei vindicationē velint suspicari, ut ibi scil. quis saltem damnetur, quanti in litem sine ulla taxatione juratū, ego tamen non ambigo, quin in cæteris actionib. idem obtinere debeat.* (b) *Pessimè adeò & de Republ. & de studiosis merentur, qui in eo toti sunt, ut juris textus undique confutis ratiunculis in dubium adducant, è quorum numero vel præcipuè* Anton. Fabrum *esse, hactenus non obscurè vidimus. Iterū agnoscit ille manum Triboniani circa id, quod de refrenanda facultate in litem jurandi traditur* in l. 18. pr. ff. de dol. *adeoq; falsum esse contendit, quasi ullus modus juramento à judice statui queat. Verùm egreditur officium boni Interpretis Faber, & solida est ratio admittendæ taxationis* in d. l. 4. §. 2. & d. l. 5. §. 1. ff. h. t. *Cùm enim in judicis potestate sit, juramentum hoc planè non deferre, multò magis poterit illud limitare. Pro Fabro nihil stringit ratio, quòd non sit æquum, ut dominus justo pretio invitus cogatur vendere rem suam: etenim non hoc volo, quòd quantitas à judice determinata continere debeat veram rei æstimationem, sed quòd debeat eam in pœnam contumaciæ omninò superare. Sed nec* l. 68. ff. de R. V. *eidem ancillabitur: quia ibi verba;* sine ulla taxatione. *ad verbum* juravit. *non ad verbum* damnandus. *referenda, ut sit sensus: Cùm juravit actor nullâ taxatione à judice præfinitâ, id judicem sequi debere. Ita* Donell. d. c. 11. & lib. 20. cap. 6. sub fin. *Aliter hunc locum exponit* Bachov. de Action. sæpè d. Disp. 7. part. 1. th. 13. *aliter alii.* (c) *Licet idem* Anton Faber 16. conject. 17. *sententiæ huic adversetur, etiam taxatione nullâ adjecta, vel si intra eam juratum, judicem ex magna causa & repertis postea probationibus juramentum in litem sequi non posse; nihilominus tamen retinenda est, utpotè à JCto* in d. l. 4. §. 3. *expressis verbis tradita. Magna autem causa est, si fortè postea emerserit, reum non ut videbatur, desiisse dolo possidere, vel actorem dominum non esse, vel aliàs jus in re petita non habere.* Donell. d

Huic sententiæ nihil derogat argumentatio Fabri *à transactione ad juramentum in litem desumpta, quasi ut illius retractatio denegata novis repertis probationibus, ita & hic. Non enim eatenus similis est transactioni, cùm vel maximè etiam juramentũ in litem conventione & consensu litigantiũ expresso destituatur. Vide quæ dixi supra* th. 1. lit. c. *& de probatione contraria contra jusjurandum in litem* Plot. h.tr. §. 48. num. 22. & seqq *Cæterùm de perjurio ejus, qui ex necessitate juris in litem juravit, quæri facilè non solet, ait Paulus* in l. fin. ff. h.t. *qui textus de quo juramento sit accipiendus, discordant inter se* Dd. *Existimat* Donell. d. c. 11. *de veritatis ibi agi. Sin verum hoc, ut certè est, etiam addita ibi limitatio de hoc juramento accipienda: quoniam exceptio debet esse de regula: Hinc liquet, non accuratè* Bachov. d. Disp. 21. th. 13. lit. b. *exceptionem illam, interdum scil. ex justa causa de perjurio jurantis quæri, de affectionis juramento intellexisse; utut non diffitear, aliquando etiam in hoc actorem posse quodammodo dici pejerásse. Et tantùm de juramento in litem affectionis.*

THESIS X.

Sequitur juramentum in litem Veritatis, quo verum æstimatur precium (*a*), quodq; in omnibus judiciis rectè interponitur (*b*), modò dolus vel culpa debitoris (*c*) & rei interitus vel deterioratio interveniat (*d*).

(a) L. 2. §. 1. l. 5. §. ult. ff. h. t. l. 68. ff. de R. V. Borch. de in lit. jurand. cap. 2. num. 7. & seqq. Donell. 26. comm. 6. in fin. & 10. in pr. atq; Dd. communiter, *inter quos satis constat, dari aliquod juramentum in litem ab illo, de quo hactenus, separatum, quod ab actore super justo rei valore omni affectione seposita præstetur.* l. 8. ff. h. t *Quod quidem* Coras. in d. l. 5. num. 8. *solùm admittere voluit, sed perperam, ob id notat us supra* th. 2. lit. b. *Defertur non ad dolum puniendum, sed ex necessitate, quia fermè aliter de rei æstimatione constare nequit, ut benè explicat* Anton. Fab. 6. conject. 17. (b) *Iis scilicet, in quibus judex rem commodè æstimare nequit: Et quamvis de strictis solùm judiciis hoc sit expressum* in d. l. 5 §. ult. *attamen dubitandum non est, quin etiam in b. f. & arbitrariis judiciis, utut dolus & contumacia rei interveniat, actor jure suo non uti & simplici æstimatione contentus esse queat. Sed & si post moram res fatali casu extincta sit, adhuc*

adhuc in his, aequè ac de strictis proditum est, veritatis juramento locus. Quae enim affectio hîc facilè spectari potest? cùm si certum foret rem ipsam quoq; alteri perituram, nec veram omninò is consequeretur aestimationem. l. 14. §. fin. ff. depos. *non obstante, quòd nuda strictarum actionum mentio fiat* in d. l. 5. §. ult. *Unius namq; inclusio, non statim alterius exclusio, praesertim ubi ex connexione cum praecedentib. utriusq; convenientia apparet & utrobiq; eadem aequitatis ratio, ut hîc, ubi vel maximè etiam natura b. f. & arbitrariarum actionũ plenior.* Borch. h. tr. cap. 4. num. 80. *Ratio autem hujus juramenti hoc in casu aequè est ipsa necessitas, quia* SINE DELATIONE *(ut legunt vulgata exemplaria & rectiùs, quàm Florent.* RELATIONE*) judex rem extinctam aestimare nequit absq; injuria vel actoris vel rei, docente* Donell. d. c. 10. *Hoc peculiare stricti juris judiciis, quòd in his re extante nunquam in litem juratur; contra in b. f. & arbitrariis.* Et *ut veritatis juramentum magis necessarium; re quippe peremptâ nisi judex deferat res actori salva manere nequit: ita magis voluntarium affectionis. Quamvis enim non juret, rem tamen salvam retinere potest actor, saltem contumacia non punitur.* d. l. 8. ff. h. t. (c) *Duae res juramento veritatis locum faciunt; Mora videl. & Interitus. Moram quod attinet, ejus quidem solùm mentio fit* in d. l. 5. §. ult, *non tamen excluditur alia culpa, ut est* in l. 2. ff. h. t. *Si ergò absq; rei culpa damnum aliquod suboriatur, reus liberatur neq; ad ejus resartionem tenetur.* l. 5. ff. de reb. cred. l. 23. ff. de V. O. *Imò si dolus quoq; rei arguatur, quo res vel nostra vel debita perierit, vel deterior facta sit; jurari posse existimo, non tantùm in specie* l. 9. C. unde vi, *sed indistinctè, modò actor priùs probaverit, eam rem, quam juramento suo aestimare satagit, sive dominii, sive obligationis jure ad ipsum pertinuisse.* Donell. in d. l. 9. in pr. Umm. Disp. ad process. 20. th. 8. n. 35. *Sanè quia tali in casu aestimatio rei petita difficulter sciri potest, eò magis veritatis saltem juramento locus esse videtur.* Beust. in Rubr. de jurejur. n. 154. Menoch arb. cas. 208. num. 2. Duaren. in d. l. 5. num. 57. & Dd. vulgò. (d) *Disertè responsum est, re post moram peremptâ in stricti juris judicio jurari in litem posse,* in d. l. 5. § ult. *cum quo textu junge* l. seq. 6. ff. h. t. *ubi ver-*

nell. d. c. 10. *Probat id de admittenda æstimatione quoad deteriorationem* l. 3. ff. de condict. tritic. l. 3. §. 1. ff. commod. *Et ita omninò tenendum esse, monet* Umm. d. th. 8. num. 35.

THESIS XI.

Ipsa autem æstimatio maximè in specie *l. 5. §. ult. ff. h. t.* per juramentum veritatis *(a)* ita ineunda est, ut referatur ad tempus moræ *(b)*, minimè verò litis contestatæ *(c)*.

(a) *De affectionis juramento ineptè quæritur, quale tempus circa æstimationem ineundam attendendum? Dum enim totum id ex arbitrio & affectione actoris dependet, cui in infinitum jurare concessum.* l. 68. ff. de R. V. l. 4. §. 2. ff. h. t. *sine ratione* Br. Bl. Costal. & Dd. in l. 22. ff. de reb. cred. *rei judicandæ tempus sibi finxerunt, rectè observante* Anton. Fab. 16. conject. 1. *(b) Moræ expressa fit mentio* in d. l. 5. §. ult. *Verùm obstat, quòd in stricti juris judiciis nec fructus, nec usuræ propter moram præstantur.* l. 3. l. 38. §. 7. ff. de usur. *ut proinde in his tempus moræ simplicis non attendatur. Consequentia nulla. Et quemadmodum illud claris quidem adseritur verbis, ita hoc manifestè negatur* in l. 3. ff. de condict. Tritic. l. 37. ff. mand. l. 8. ff. de condict. furtiv. & l. pen. ff. rer. amot. *Certè mala est illatio ab accessionibus illis ad æstimationem, quæ cum ipsa re propemodum eadem esse fingitur.* l. 22. ff. de hered. petit. l. 42. ff. de usufr. cum similib. *Sed videtur adhuc impedimento esse necessitas illa jurandi, quo minùs in specie* d. l. 5. §. ult. *ratio temporis habeatur, quod antecessit litem contestatam. Quod si enim haberetur ratio temporis præteriti, utique judex, quanti res fuisset tempore moræ illius, sine difficultate æstimare posset. Durum hoc est dubium, sed liceat hâc vice, usq; dum meliora in mentem venerint, dicere; ideò juramento opus esse, quòd à tempore moræ res debeat æstimari, quanti plurimi fuit, idq; difficulter vel vix facere posse judicem re non ampliùs extante, cum* Bachov. in Exercit. ad post. part. Chiliad. Fab. dec. 84. error. 9. num. 2. *(c) Esto! aliàs & regulariter in stricti juris judiciis litis contestatæ tempus quoad æstimationem spectari, minimè tamen id obtinebit* Anton. Fab. *ubi (ut hîc) res ante judicium acceptum post moram commissam periit. Quâ de re supra egi, puta* th. 2. lit. D. *Et dum hæc scri-*

scribo, occurrit difficilis illa l. 3. ff. de condict. Tritic. *in qua expressis verbis ait JCtus, si res perierit, spectari, quanti ea fuerit tempore mortis, qui textus itidem Fabri opinioni contrarius: quamvis ne sibi contradicat, speciale in actione Triticaria, in qua solùm res ipsa debita & species, secus ac in cæteris actionibus personalibus, venire soleat, suspicatur; quam opinionem valdè erroneam esse, suo tempore docebo. Illa alia quæstio est, quæ occasione ita ferente levi attingenda brachio; an in bonæ fidei judiciis circa æstimationem rei etiam attendatur tempus litis contestatæ? Ajunt* Dd. *quod sic, cum quibus licet sæpiùs transierit* Anton. Fab. *tandem tamen sui obliviscitur* d. dec 84. error. 9. Dd. *sine cunctatione subscribo, utut de bonæ fidei judiciis JCti veteres verbum fecerint nullum. Perabsurdum namq; mihi videtur esse, ut interpellatio extrajudicialis hoc incommodi afferre debeat creditori, ut si postea æstimatio creverit, temporis, quo lis fuit contestata, nulla haberi ratio queat.* argum. l. 29. ff. de novat.

THESIS XII.

Affine est juramento in litem juramentum Zenonianum, de quo *in l. 9. C. unde vi. (a)* sed & in nonnullis utriq; non absimile juramentum illud Saxonibus notum, quod vocant Minutionis, den Verminderungs Eyd *(b)*.

(a) *Hactenus actum de juramento super æstimatione rei petitæ adversùs frustratores reos, quod solùm veteribus cognitum, teste* Donell. d. lib. 26. comm. c. 6. & Anton. Fab. 18. error. pragm. 8. *nunc pauca etiam de Zenoniano ab Imp. Zenone ejus autore sic dicto videntur subjicienda. Et quidem, ut dixi, juramentum istud affinitatem habet cum juramento in litem, sed tamen ab hoc eatenus differt, quatenus in delatione ejusdem non tàm indulgetur affectioni ratione rei certæ, quàm ratione rerũ pluriũ, quas sibi ereptas actor contendit, & magis damnorũ, quæ sibi vi illata esse conqueritur. Imò difficultas probationis huic maximè etiã juramento locũ facit, cujus causa residet in adversario spoliante, qui hanc facto suo injusto actori præcepit: cui ad-*

stumve ablatum. 2. *Odium violenti invasoris.* 3. *Ut citra hoc res æstimari nequeat. Ego postremum hoc requisitum sub primo comprehendi, & si vis cum facto fuerit probata, (quod omnino fieri debet.* Vid. Vasqu. illustr. Controv. 36. num. 4.) *etiam medium de odio scil. violenti invasoris superfluum esse existimo. An heredi speciali possit deferri, quæstionis est? Vix posse puto, si tamen instructus sit de damno, aliud dicendum videtur* Coras. ad l. 5. ff. h. t. num. 29. in fin.
(b) *Juramentum Minutionis vel Minorationis illud in foro Saxonico dicitur, quo reus ob vim rebus seu injuriam personæ illatam pulsatus damnum hoc nomine datum ab actore æstimatum minuit atq; moderatur. Quo præstito, judex præcisè in id tenetur condemnare reum, quod juramento statuit: sin verò jurare nolit, æstimationi injuratæ actoris creditur, in quam à judice fieri debet sine ulteriori taxatione condemnatio, ut est text.* lib. 3. Landrecht artic. 47. & 51. Hartm. Pistor. lib. 1. quæst. jur. 16. Coler. de processs. execut. in præfat. n. 15. *Hinc maximè apparet hujus à superioribus differentia. Etenim reo defertur & quidem ob violentiam tantùm & injuriam realem personæ illatam, ac proinde in una duntaxat & altera actione vel interdicto locum habet, nullam admittens taxationem judicis, nullas etiam probationes contrarias. Quæ omnia aliter se habent in juramento in litem tàm adfectionis, quàm veritatis & ex parte etiam Zenoniano. Licet autem non temerè hæc confundenda sint juramenta, magna tamen inter ea cognatio est atq; affinitas, docente* Rauchb. part. 1. quæst. jur. civil. & Saxon. quæst. 9. num. 37. & seqq. *Atq; sic tandem intricatam hanc juris materiam pro ingenii modulo absolvi, in quo si aliquod tuli punctum, est quod mihi gratuler; sin aliquid insertum, minùs quod sapit cujusvis palato, non erubescam, si quid melius his, quæ hactenus dicta, ut nullus dubito, quis adinvenerit, competentem eis imponere correctionem.*

DEO soli Laus, Honor & Gloria.